

Title	並行輸入と商標権侵害の成否 : ZOLLANVARI事件
Author(s)	青木, 大也
Citation	Law & Technology. 79 p.45-p.52
Issue Date	2018-04-01
oaire:version	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/81460
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

判例研究▷

ZOLLANVARI 事件

並行輸入と商標権侵害の成否

大阪高等裁判所平成29年9月21日判決
(平成29年(ホ)第245号) 商標権侵害差止
等請求控訴事件 (本誌78号78頁参照)

大阪大学准教授 青木大也

1 事案の概要

Xは、原判決別紙記載の商標(以下、「X商標」という)に係る商標権者である。Xは後述のZOLLANVARI社(以下、「ゾ社」という)と日本におけるじゅうたんの総代理店契約を締結し、ゾ社の製品であるじゅうたん等をゾ社から輸入し、日本国内において、これらの卸売および小売販売を行っている(以下、Xがゾ社から輸入して日本国内において販売するゾ社の製品であるじゅうたんを「X商品」という)。

ゾ社は、イランを拠点とし、ギャッベ(カシュガイ族の手織りじゅうたん)等の南ペルシアの部族民による手織りじゅうたんを世界各国に供給する協同組合である。なお、その商標である「ZOLLANVARI」は、日本国内においても取引者間、需要者間で広く認識されている。

Yは、原判決別紙Y商品目録記載の商品(じゅうたん等の敷物)を、主としてYウェブサイトで販売等している(以下、Yがゾ社の製品であるとして販売している商品を「Y商品」という)。Y商品の中には、原判決別紙Y標章目録記載1の標章(以下、「Y標章1」という)が付された原判決別紙タグ目録記載1の形式のタグ(以下、「Yタグ」という)が添付されたものがある。

なお、X商標とY標章1の類似性については、前提事実として認められている。

XはYに対して、商標権侵害を理由に、Y商品の販売行為の差止め等を求めて訴訟を提起した。原審である大阪地判平28・12・15(平成27年(ワ)第

5578号)(本誌75号128頁参照)では、Xの請求が棄却されたため、Xが控訴したのが本件である。なお、本判決は上告等なく確定している。

2 判旨

本件では前提として、「Y商品にYタグを付したのはYか」という点についても争点となっており、XはYタグを付したのはYであるとの主張をしていた。しかし裁判所は、Yタグを付したのはYではなくゾ社であると判断したうえで、Yの販売行為等について、以下のとおり判示し、商標権侵害を否定した(広告に係る使用等、その他の請求については割愛する)。

(1) 規範

「商標権者以外の者が、我が国における商標権の指定商品と同一の商品につき、その登録商標と同一の商標を付したものを輸入する行為は、許諾を受けない限り、商標権を侵害するが、そのような商品の輸入であっても、①当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者により適法に付されたものであり、②当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであって、③我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場

合には、いわゆる真正商品の並行輸入として、商標権侵害としての実質的違法性を欠くものと解される（フレッドペリー事件最高裁判決）。

（2）あてはめ

「前記……のとおり、Y標章1が記載されたYタグは、Z社によってY商品に付されたと認められる。

他方、証拠……及び弁論の全趣旨によれば、Z社は、イランにおいて、『ZOLLANVARI』をペルシア文字で表記した商標の登録を出願したが拒絶され、『ZOLLANVARI』に関する商標について商標権を取得していないことが認められる。しかし、証拠……によれば、Z社は世界各地に直営店を設けている中で、日本においては、Xが、Z社の総代理店として、直営店と同じ扱いと待遇を受けていると認められる。それに加えて、Xは、……Z社から権限を授与されて初めてX商標の登録を受けることができたのであるから、Z社がイランにおいて商標権を有している場合と実質的には変わるところがないといえる。

そうすると、Yが、Y標章1が付されたY商品を輸入した上、これを販売し、販売のためにYウェブサイトに掲載した行為は、X商標の出所表示機能を害することがないといえる」。

「本件の証拠上、Z社とXとの間の総代理店契約において、XがX商品の品質管理に直接関与していることを示すものはなく、X商品の品質管理は、基本的にはZ社において行われているものと認められる。

これに対し、Y商品については、……Z社から、Yが日本国内で販売することを前提として販売されたものであると認められるから、Y商品の品質については、これが日本において販売されることを前提としてZ社において管理しているものと認められる。

そうすると、Z社が外国における商標権者でなくとも、X商品につき、X商標の保証する品質は、XがZ社を通じて間接的に管理をしていて、そのZ社が、X商品と同じく日本に輸出して日本において販売される商品としてY商品の品質を管理し

ているのであるから、Y商品とX商品とは、X商標の保証する品質において実質的に差異がないといえる（本件は、Y商品とX商品のいずれも、Z社の下で製造されているという点において、フレッドペリー事件最高裁判決の事案と異なるということがいえる。）。……そうすると、Yが、Y標章1が付されたY商品を販売し、販売のためにYウェブサイトに掲載した行為は、X商標の品質保証機能を害することがないといえる」。

「前記……のとおり、Yが、Y標章1が付されたY商品を販売し、販売のためにYウェブサイトに掲載した行為……は、X商標の出所表示機能及び品質保証機能を害することがなく、また、以上に述べたところによれば、商標を使用する者の業務上の信用及び需要者の利益を損なうものでもないから、商標権侵害としての実質的違法性を欠くというべきである」。

3 評 釈

（1）はじめに

並行輸入と商標権侵害に係る問題をめぐっては、最一小判平15・2・27民集57巻2号125頁（本誌20号47頁参照）〔フレッドペリー事件〕がリーディングケースとしてあげられることが多い。しかし後に触れるとおり、当該判例は、一定の射程を有するものの、外国商標権者とその下請けにあたる製造業者との間のライセンス契約違反があった事例に関するものであり、並行輸入と商標権侵害全般について直接に説明するものではない。〔フレッドペリー事件〕最判以降に下された並行輸入と商標権侵害をめぐる裁判例においては、〔フレッドペリー事件〕最判同様の事実関係に基づくものばかりではなく、さまざまなパターンの事例を処理する必要が生じている。

本件は、総代理店と並行輸入業者との間で生じた訴訟である点では、よくみられる事例と評価できるものであるが、外国拡布者が対応する外国商標権を有していない点や、外国拡布者が総代理店契約に違反して並行輸入業者に商品を横流ししていたと評価し得る点など、〔フレッドペリー事件〕

最判の規範によって直接処理することが容易ではないと考えられる事情も含むものであった。

本件は、後述のように、〔フレッドペリー事件〕最判において示された規範を採用しつつ、当該規範のあてはめにおいて、事案の処理に応じて調整を施したものと評価でき、その意味で参考になる裁判例といえる。

(2) 〔フレッドペリー事件〕最判

並行輸入と商標権侵害に係る問題をめぐっては、〔フレッドペリー事件〕最判を確認する必要がある。〔フレッドペリー事件〕最判は、外国商標権者と製造業者の間で結ばれた使用許諾契約に違反して製造された商品(下請制限違反および地域制限違反)が日本において流通した事例である。最高裁判所は当該事案について、以下の規範およびその理由づけを判示した。

「商標権者以外の者が、我が国における商標権の指定商品と同一の商品につき、その登録商標と同一の商標を付したものを輸入する行為は、許諾を受けない限り、商標権を侵害する(商標法2条3項、25条)。しかし、そのような商品の輸入であっても、(1)当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者により適法に付されたものであり、(2)当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであって、(3)我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場合には、いわゆる真正商品の並行輸入として、商標権侵害としての実質的違法性を欠くものと解するのが相当である。けだし、商標法は、『商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を

図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする』ものであるところ(同法1条)、上記各要件を満たすいわゆる真正商品の並行輸入は、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能を害することがなく、商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なわず、実質的に違法性がないということが出来るからである」。

本判決も触れているように、〔フレッドペリー事件〕最判は三つの要件を規範として示したと理解されている。そのうち、第一要件と第二要件は出所識別機能に係る要件として¹⁾、第三要件は品質保証機能に係る要件として位置づけられている²⁾。

もっとも、具体的なあてはめに際しては、すべての要件が検討されているわけではないと評価されている。事例に対するあてはめとして、最高裁判所は以下のように述べる。

「これを本件について見るに、前記事実によれば、本件商品は、シンガポール共和国外3か国において本件登録商標と同一の商標の使用許諾を受けたオシア社が、商標権者の同意なく、契約地域外である中華人民共和国にある工場に下請製造させたものであり、本件契約の本件許諾条項に定められた許諾の範囲を逸脱して製造され本件標章が付されたものであって、商標の出所表示機能を害するものである。また、本件許諾条項中の製造国の制限及び下請の制限は、商標権者が商品に対する品質を管理して品質保証機能を十全ならしめる上で極めて重要である。これらの制限に違反して製造され本件標章が付された本件商品は、商標権者による品質管理が及ばず、本件商品と被上告人ヒットユニオンが本件登録商標を付して流通に置いた商品とが、本件登録商標が保証する品質において実質的に差異を生ずる可能性があり、商標の品質保証機能が害されるおそれがある。したがって、このような商品の輸入を認めると、本件登録

1) 第一要件については、主に許諾契約違反の不正商品を念頭にいた要件と理解されているようである。高部眞規子「〔フレッドペリー事件〕最判判解」最判解(民事篇)平成15年(以)103頁～104頁参照。

2) 高部・前掲〈注1〉103頁。

商標を使用するFPS社及び被上告人ヒットユニオンが築き上げた、『フレッドペリー』のブランドに対する業務上の信用が損なわれかねない。また、需要者は、いわゆる並行輸入品に対し、商標権者が登録商標を付して流通に置いた商品と出所及び品質において同一の商品を購入することができる旨信頼しているところ、上記各制限に違反した本件商品の輸入を認めると、需要者の信頼に反する結果となるおそれがある。以上によれば、本件商品の輸入は、いわゆる真正商品の並行輸入と認められないから、実質的違法性を欠くということとはできない。

この判旨については、第一要件と第三要件について不充足と判断し、第二要件については具体的な判断をせず、結果真正品の並行輸入との主張を認めなかったものと評価されている³⁾。

以降の裁判例においても、(事案の解決に必要な限りで言及するにとどまり、すべての要件を提示・検討することはしないものも多いが)〔フレッドペリー事件〕最判の規範を採用しているように思われる⁴⁾。

(3) 本判決の規範

裁判所は本件でも、〔フレッドペリー事件〕最判の規範を採用し、後述のようにあてはめを行っており、この点については真新しい点はない。

ただし先述のとおり、〔フレッドペリー事件〕最判はあくまで外国商標権者とその下請けにあたる製造業者との間のライセンス契約に違反があった

事例に関する判示であり、それ以外のパターンについて(その広狭には議論があろうが)商標権侵害を否定する余地をいっさい認めない趣旨でもないように思われる。重要なのは、〔フレッドペリー事件〕最判の規範を定立する際の理由づけでも言及されていたように、実質的に商標の機能を害しないという点であり、事例に応じて、若干のアレンジを加えた規範の定立やあてはめを行うことを、最高裁判所は否定していないように思われる。

本件は以下に述べるように、形式的には〔フレッドペリー事件〕最判の規範を充足しないと考えられる事例であり、裁判所はそのために、あてはめにおいて調整を行っている。

(4) 第一要件

本判決では、第一要件について、ゾ社がYタグを付していることで要件の充足を認めているように読むことができる。

従来この要件については、実務上は偽造品等との関係で問題となったほか⁵⁾、〔フレッドペリー事件〕最判後の学説においては、(日本の商標権者や同一視される外国商標権者と製造業者等との)ライセンス契約違反に関する「適法」性を対象とした議論が多かったが、本件では、争いがあった事実認定において、外国拡布者であるゾ社自身がYタグを付していることが認定されたため、ライセンス契約違反は問題となっていない⁶⁾。

もっとも、後述のように、外国商標権を有した

3) 高部眞規子『実務詳説商標関係訴訟』158頁～159頁。宮脇正晴「商標機能論の具体的内容についての一考察」立命館法学290号891頁も参照。もっとも、はっきりと各要件に対応した判示がなされたといえるかは微妙であり、論者によってさまざまな整理がなされているほか、個別の要件のあてはめを行っていないとの評価もされるところである(中村勝彦「〔フレッドペリー事件〕最判判批」AIPPI 48巻12号937頁)。

4) 〔フレッドペリー事件〕最判後でありながら、若干異なる規範を立てたものとして、東京地判平15・6・30判時1831号149頁(本誌21号107頁参照)〔ボディグロウ事件〕があげられる。〔ボディグロウ事件〕では、「登録商標と同一又は類似の商標を付した商品を輸入する行為は、当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者によって付されたものであり、当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一視できるような関係があれば、原則として、商標権侵害としての実質的な違法性を欠くといえるが、上記のような場合であったとしても、我が国の商標権者が、自己の出所に係る商品の品質ないし信用の維持を図ってきたという実績があり、外国における商標権者の出所に係る商品が輸入されることによって、そのような品質ないし信用の維持を害する結果が現に生じたといえる特段の事情があるときは、商標権侵害を構成するというべきである」と判示された。

5) 〔フレッドペリー事件〕最判後の事例として、たとえば東京地判平22・8・31(平成21年(ワ)第123号)〔カルティエ事件〕、東京地判平22・11・10(平成20年(ワ)第22305号)(本誌51号139頁参照)〔Champion事件〕等。

6) 同じように、誰が被告標章を付したか争いになったうえで、原告日本商標権者が付したものであること(原告日本商標権者の外国拡布品が不明の第三者を経由して日本に流入したことが認定され、真正品の並行輸入として商標権侵害を否定した近時の事例として、東京地判平28・11・24(平成27年(ワ)第29586号)(本誌75号121頁参照)〔TWG事件〕。

いゾ社が付すことは「適法」なのか、あるいは総代理店契約違反の下で付すことは「適法」なのかといった形で、他の要件とも関連して、検討の余地があるといえよう。

(5) 第二要件

(ア) 第二要件を充足するうえで必要な事情

本判決では、第二要件について、Xとゾ社を同視できるか、明示的に判断している個所は見受けられないが⁷⁾ 8)、出所表示機能に係る説示が対応しよう。

従来第二要件のうち「法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係」とする点について、前者は「外国における商標権者と我が国の商標権者が親子会社の関係や総代理店である場合をいい」、後者は「外国における商標権者と我が国の商標権者が同一の企業グループを構成している等の密接な関係が存在することをいう」とされている⁹⁾。

本判決では、第二要件に対応する事項として、①Xがゾ社の総代理店であることと、②ゾ社の同意の下でXが商標権を取得したことを指摘しているように見えるが、このうち少なくとも①については、従前の「法律的……に同一人と同視し得るような関係」を担保する事情として理解されよう¹⁰⁾。

(イ) ゾ社が（イランにおいて）商標権を有していない点

一方で、上記②の事情については、「ゾ社がイランにおいて商標権を有している場合と実質的には変わるところがない」との評価につながっている。

これにより、(ア)で述べたことと合わせ、第二要件を充足するとの判示であると考えられる。

〔フレッドペリー事件〕最判では、第一要件、第二要件の文言からも明らかなように、外国拡布者が外国商標権を有していることが念頭におかれていたようである¹¹⁾。もっとも、並行輸入に関して、外国拡布者が必ずしも対応する外国商標権を有しているとは限らない。そのため、外国拡布者が外国商標権を有している必要があるのかという点が問題となる¹²⁾。

本判決の判示は、（〔フレッドペリー事件〕最判の規範や）Xの主張に対応する形での判示と推察されるが、外国拡布者が外国商標権を有していない場合について明示的に取り上げたうえで、第二要件（と第一要件）の充足を認めた点で意義があらう。またその際に、日本の商標権者の商標権取得について、外国拡布者の授權を得てはじめて登録を受けられたという事情を考慮している点も特徴的である。

ここで検討されるべきなのが、第一要件と第二要件の趣旨であるところの、日本の商標権に係る商標の出所表示機能の担保であるとする、対応する外国商標権の存在は必ずしも必須の事項ではないように考えることができるのではないのか。その観点からすると、外国拡布者の授權なしでは日本の商標権者が日本において商標登録を受けられなかったという事実は、外国拡布者の付した商標が日本の商標権者の商標の出所表示機能を害しないことを担保する事情と解される。裁判所がこのような事情を指摘したのは、上記のような趣旨に

7) この点原審では、「ゾ社の日本における総代理店であり、ゾ社の権限授与を受けてX商標の登録を得ることができたにすぎないのであって、Xとゾ社を同視でき、X商標とY標章1が同一の出所を表示するものといえること」との判示がある。

8) ただし、広告に係る使用をめぐる判示部分において、「ゾ社の日本における総代理店であって、ゾ社の直営店と同じ扱いと待遇を受けており、X商標の出所表示機能を検討する際には、Xとゾ社とは同視することができる」との判示がある。

9) 高部・前掲〈注3〉152頁。

10) 日本の商標権者を出所とすることを強調する知財高判平22・4・27(平成21年(ホ)第10058号、第10072号)(本誌48号88頁参照)〔Converse事件〕においても、日本の商標権者と外国商標権者との間に総販売代理店契約がないこと等を指摘している。

11) 学説においては、「外国拡布者」といった文言が使用されることがあるが、対応商標権を有していなくても商標権侵害を否定する余地を認める趣旨を含意するのか、必ずしも明らかではない。また、「外国権利者」といった文言が使用されることがあるが、対応商標権を有していない限り並行輸入を否定する趣旨を含意するのか、必ずしも明らかではない。

12) なお、訴訟資料によれば、ゾ社が対応する外国商標登録を受けられなかったのは、「ZOLIANVARI」がイランでは一般的な姓にあたるのが理由のようである。

よるものと解される¹³⁾。もっとも、そうであるならば、無理に〔フレッドペリー事件〕最判の規範にあわせて、外国拡布者が外国商標権を有している場合と実質的に同視できる、とあてはめる必要はないように思われる。外国拡布者が外国商標権を有していれば、通常は当該外国拡布者が商標を付し、また日本の商標権者と同一視できることで、出所表示機能が害されない、と説明しやすいが（あるいは、〔フレッドペリー事件〕最判におけるように、ライセンス関係が問題になるような場面では、対応する外国商標権の存在が想定されることが多いであろう）、外国拡布者が外国商標権を有していなくても、上述のように、日本の商標権者の商標の出所表示機能を害しない場合があると思われる¹⁴⁾。その意味では、むしろ規範の段階で外国商標権の存在を要求しないことも処理の方法の一つであったかもしれない。

（6）第三要件

（ア）判旨

裁判所は、X商品とY商品は、ともにゾ社による品質管理を受けていると判示している¹⁵⁾。そのうえで、「ゾ社が外国における商標権者でなくとも、X商品につき、X商標の保証する品質は、Xがゾ社を通じて間接的に管理をしていて、そのゾ社が、X商品と同じく日本に輸出して日本において販売される商品としてY商品の品質を管理している」と結論し、X商標の保証する品質において

差異がないと結んでいる。

〔フレッドペリー事件〕最判では、「我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあること」としており、本判決はその文言に合わせる形で上記のような判示をしたものと解される。

もっとも、本件は外国拡布者が著名な生産者であり、それに係る商標権を総代理店が有している事例と考えられることからすると、本判決が自ら指摘するように、外国拡布者であるゾ社による品質管理が通常想定され¹⁶⁾、日本の商標権者であるXによるコントロールを真正面から説明するのは難しいように思われる¹⁷⁾。

この点、「我が国の商標権者が実際に品質管理を行っておらず、その商標の付された商品が専ら他者（外国会社）の品質管理に服するものであるような場合は、品質管理主体である当該他者を我が国の商標権者と同視するべきであろう」とする指摘があり¹⁸⁾、総代理店側からの抽象的・間接的な品質管理を認定するよりも素直であるように思われる。

（イ）実際の品質の差異¹⁹⁾

本件では、ゾ社の手によるY商品が、X商品と（実際の）品質が異なるのではないかと主張がXによってなされている。これに対して裁判所は、X向けの商品とY向けの商品が重複していること等を示して、「Y商品とX商品の品質が同一とま

13) この点は、第二要件との関係で両者の同一視を導くだけではなく、第一要件との兼ね合いでも、（当該商標を付しても偽造品と評価されない）正当な外国拡布者であることを示すための判示と理解することができようか。

14) さらにいえば、本判決では、前提事実として、ゾ社の「ZOLLANVARI」商標が日本国内において取引者間、需要者間で広く認識されていることが説示されており、この点は外国拡布者（ゾ社）が本来の出所といい得る状況を示しているようにも思われる。

15) 本判決では、〔フレッドペリー事件〕最判との事案の差異について、「Y商品とX商品のいずれも、ゾ社の下で製造されているという点」が異なると明示されている。〔フレッドペリー事件〕最判では、被疑侵害品がライセンス契約違反の委託先において製造されていることが問題視されたが、本件では外国拡布者において製造されており、先に触れたようにライセンス契約上の問題が生じない事例であったとともに、品質管理の面でも、（後述の議論の余地はあるものの）外国拡布者において行われていることから、事案を異にするとの判示がされたものと推察される。

16) もちろん、代理店側から商品の品質のコントロールをすることも想定される。たとえば、東京地判平28・10・20（平成28年7月第10643号）〔NEONERO事件〕参照。

17) 大友信秀「〔フレッドペリー事件〕最判判批」国際私法判例百選〔第2版〕101頁。

18) 宮脇・前掲〈注3〉905頁。

19) なお原審では、「ゾ社代表者作成の報告書においては、タグの違いは強調されるが、いかなる点で品質に違いがあるかはもとより、そもそも品質の違いについて触れるところはなく、上記のような選別がなされているのか、さらにはそれによって品質が異なるのかは何ら客観的に裏付けられているものではない（原告は、被告商品を手入れしながら、その品質の違いについて積極的に立証しているわけではない。）」とされ、そもそも実際の品質の違いが裁判所において検討されていないようである。

ではいなくても、X商標の品質保証機能を害することはないというべきである」と判示している。

〔フレッドペリー事件〕最判では、文言上は品質管理が及ぶかどうかを検討するものとされていたため、本件のように品質管理自体は及んでいると評価される中で、さらに実際の品質の差異を検討するべきかが残された問題となっていた²⁰⁾ 21)。本判決では、Xの主張に対応する形であり、またゾ社による（日本向け商品としての）品質管理自体は認められており、それとの関係は必ずしもはっきりしないものの、商標によって保証される品質に幅があり²²⁾、本件で問題となった両商品はいずれもこれに含まれる、との判示と理解することができようか²³⁾。

（7）ゾ社による総代理店契約違反

本件では、ゾ社と総代理店であるXとの間で、総代理店契約違反が生じ得たという点が注目される。総代理店であるXとしては、ゾ社の総代理店契約違反によって生じた「真正品」の並行輸入を阻止したいという考えをもつことが予想される。この点に注目すると、〔フレッドペリー事件〕最判の各要件との関係で、一応の検討が求められるように思われる。すでに述べた部分と重複する点もあるが、整理したい。

（ア）第一要件

〔フレッドペリー事件〕最判における第一要件の

「適法」性について、本判決ではほぼ問題視されていない。しかし、日本の商標権者との関係では、（外国拡布者の手によるものではあるが）「違法」な商品とみることとはできないか、問題となり得る。

しかし、〔フレッドペリー事件〕最判における第一要件は、あくまで出所表示機能に係る要件であり、本件のように著名な外国拡布者とその総代理店という関係にかんがみると、たとえ総代理店契約違反があったとしても、外国拡布者が付した商標であると考えられることから、独立して問題視されないということになるうか。

（イ）第二要件

〔フレッドペリー事件〕最判における第二要件の同一性について、契約違反のあった総代理店契約を根拠に、Xとゾ社に係る「法律的……に同一人と同視し得るような関係」を肯定してよいのか、問題となり得る。

しかし、契約違反はXとゾ社の内部関係にすぎず、その影響はその範囲にとどまると考えれば、この点は第二要件の充足に影響しないと考えるべきということになるうか。

（ウ）第三要件

〔フレッドペリー事件〕最判の求める（日本の商標権者による）並行輸入品への品質管理は、総代理店契約違反によって生じた商品にも及んでいるのか、問題となる。

20) 宮脇正晴「〔フレッドペリー事件〕最判判批」商標・意匠・不正競争判例百選73頁では、当該第三要件については、最高裁判所は品質の管理が及ばないことについて言及したのみで、実際の品質の差異については判断されておらず、別途検討の余地があると指摘される。そのうえで、宮脇・前掲〈注3〉904頁では、「わが国商標権者が品質管理を行い得る立場にあることが認められる場合は、その次の段階として現実の品質の差異について検討すべきである」と指摘される。小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説（第2版）』336頁～337頁も参照。

21) 田村善之『知的財産法（第5版）』556頁～557頁では、品質保証機能自体に対する疑問を呈し、実際の品質の差異を検討することについて否定的に評価される。茶園成樹編『商標法』230頁（山田威一郎）も結論について同旨。最判の読み方として、茶園成樹「〔フレッドペリー事件〕最判判批」国際私法判例百選（新法対応補正版）101頁、泉克幸「〔Converse 控訴審事件〕判批」本誌47号54頁も参照。また平尾正樹『商標法（第2次改訂版）』416頁では、需要者による品質への期待は事実上のものにすぎないこと、商標権者による品質変更によって容易に並行輸入を阻止できてしまうこと、並行輸入品は外国拡布の段階である程度想定され、対策を考えられることを根拠に、実際の品質を問うべきではないとされている。

22) 従前の例として、〔フレッドペリー事件〕最判前の事例であるが、東京地判昭59・12・7無体集16巻3号760頁〔ラコステ事件〕（同じく品質管理が認められたうえで、さらに実際上の品質の差異について言及し、それらが一定の範囲に収まっていることを根拠に、商標権侵害を否定した）。森川さつき「商標商品の並行輸入」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ』319頁も参照。

23) たとえば、Y商品が、ゾ社がイラン国内向けに販売し、Yがイランで購入して日本に輸入していたものであった場合、本判決の認定によっても、（ゾ社による、間接的にXによる、日本向けの）品質管理が及んでおらず、第三要件を満たさないということになる。他方、ゾ社がX商品とY商品を区別して、同じく日本向けとして管理しつつ、実際の品質が異なる商品を日本に輸出している場合、Y商品には、ゾ社の品質管理は及んでいても、Xによる（ゾ社を介した間接的な）品質管理が及んでいないと整理することになるだろう（実際の品質を問題にする立場にあっては、さらにこの点も問題となる）。

この点については、本件でも指摘されるように、事案を前提に、実質的な品質管理の主体を外国拡布者とすることによって、この問題に深入りせずに済んでいると考えられる。もっとも、〔フレッドペリー事件〕最判の規範を厳守するとして、日本の商標権者であるXの品質管理が間接的にでもY商品に及んでいると評価できるのか²⁴⁾、当該日本の商標権が外国拡布者であるZ社由来である点の影響を含め、検討の必要があろう。

(8) Xの対策

最後に、本件におけるXのとり得る対策について若干の検討を加える²⁵⁾。

(ア) Xタグによる管理

本件においてXは、第三要件に関連して、日本輸出向けの商品にはZ社がXタグを付しており、X商品とY商品は品質が異なるとの主張を立てていたが、裁判所はすでに述べたように、X商品とY商品の重なり合い等を根拠にこの点の主張を容れなかった。

この点については、Xタグの有無それ自体だけでは、(Z社によるX商品・Y商品の品質管理を前提とする本件では)必ずしもXによる品質管理の有無、あるいは実際の品質の差異を肯定する根拠にはならないように思われる。

(イ) 総代理店独自の品質管理

上記Xタグに対応させる形等も含めて、X商品について、総代理店であるX独自の品質管理を行うことが考えられる。学説上は、マーケティング戦略等も品質保証機能によりカバーされるとの指

摘もなされており²⁶⁾、このような立場からすると、たとえば本件では、アフターサービスの充実等によって、X独自の品質管理をX商品に及ぼすことで、そうでない商品を排除することが考えられる²⁷⁾。

(9) おわりに

並行輸入に係る事例にはさまざまなパターンが考えられるが、本件は、総代理店と(外国商標権を有しない)著名な外国拡布者が絡むパターンであり、その関係で〔フレッドペリー事件〕最判での議論と対応しないいくつかの問題点が生じたものと考えられる。このうち、外国拡布者に対応商標権を有していないことについての裁判所の対応は、今後の参考になるものと思われる。一方で、総代理店契約違反については、本件では争われにくい事件の構造になっていたこともあり、あまり問題になっていない。総代理店契約違反の場合に、それを根拠に、並行輸入に係る商標権侵害が肯定される余地が実際にどの程度あるかは明らかではないが、整理の必要な点であるように思われる。

※本稿は2017年11月10日に行われた比較法研究センター知的財産判例研究会における報告を基にしている。当日に貴重なお意見をいただいた参加者の方々には心より御礼申し上げる。

24) 最高裁判所が並行輸入に関して述べる品質保証機能については、日本の商標権者による品質のコントロール権能を保護することと理解されるとの指摘があるが(藤立順美「フレッドペリー最高裁判決における商標機能論の検討」パテント64巻5号(別冊5号)20頁、22頁)、本件のような事例ではどのように解されるべきであろうか。

25) なお、総代理店契約の解除および契約責任の追及については、総代理店の立場からすれば厳しいであろうし、その後の商標権の行使が権利濫用となる可能性も高くなると思われる(高部・前掲〈注1〉104頁参照)。

26) たとえばマーケティング戦略をも品質保証機能により保護される対象に加える玉井克哉「商標権の品質保証機能と並行輸入——アメリカ商標法を素材とする比較法的考察」パテント58巻11号37頁と、その指摘に対して「商標法上、商標が具体的な『商品』に付されて使用されることを前提としていることからすれば、『商品』から離れたマーケティング戦略等に齟齬する場合にまで、侵害を肯定することについては慎重な検討を要しよう」とする藤立・前掲〈注24〉22頁も参照。並行輸入品に係るシリアルナンバー抹消によって、アフターサービスが受けられなくなることに関する議論ではあるが、飯田圭「特許製品や商用商品の並行輸入の限界——BBS事件及びフレッドペリー事件各最高裁判決の解釈適用の在り方と税関の水際取締り手続きでの取扱いの在り方」パテント69巻11号63頁～64頁も参照。

27) ただし、商品の問合せ先を記載したり、保証の対象としたりするといった「クレーム対応力の差異」が、商標によって保証される品質ではないとしたものとして、東京地判平29・9・27(平成27年(ワ)第32055号)(本誌78号102頁参照)[Swimava事件]。